

Réflexion sur la nature normative des contrats de bassin au Québec

Catherine Choquette et Benoît Côté

Volume 47, numéro 4, 2006

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043910ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/043910ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Choquette, C. & Côté, B. (2006). Réflexion sur la nature normative des contrats de bassin au Québec. *Les Cahiers de droit*, 47(4), 755–780.
<https://doi.org/10.7202/043910ar>

Résumé de l'article

En 2002, le gouvernement du Québec publiait sa première politique nationale de l'eau. Cette nouvelle approche veut rassembler tous les acteurs de l'eau autour de tables de concertation et de conciliation administrées par des organismes de bassin versant. Ainsi, chacun des organismes établit un plan directeur de l'eau pour son bassin versant et le met en oeuvre par l'entremise de contrats de bassin conclus entre les divers acteurs de l'eau. Ces contrats peuvent jouer un rôle déterminant dans la gestion moderne de l'eau, entendue comme projet de société garantissant la pérennité de cette ressource vitale. En effet, la diversité de normativités pouvant découler des contrats de bassin (morale, sociale, juridique) travaille en synergie vers l'aboutissement du projet de société. Les organismes de bassin constituent donc des forums privilégiés de gouvernance de l'eau tant à l'intérieur de l'État qu'à la périphérie de celui-ci.

Réflexion sur la nature normative des contrats de bassin au Québec*

Catherine CHOQUETTE**
avec la collaboration de Benoît CÔTÉ***

En 2002, le gouvernement du Québec publiait sa première politique nationale de l'eau. Cette nouvelle approche veut rassembler tous les acteurs de l'eau autour de tables de concertation et de conciliation administrées par des organismes de bassin versant. Ainsi, chacun des organismes établit un plan directeur de l'eau pour son bassin versant et le met en œuvre par l'entremise de contrats de bassin conclus entre les divers acteurs de l'eau. Ces contrats peuvent jouer un rôle déterminant dans la gestion moderne de l'eau, entendue comme projet de société garantissant la pérennité de cette ressource vitale. En effet, la diversité de normativités pouvant découler des contrats de bassin (morale, sociale, juridique) travaille en synergie vers l'aboutissement du projet de société. Les organismes de bassin constituent donc des forums privilégiés de gouvernance de l'eau tant à l'intérieur de l'État qu'à la périphérie de celui-ci.

In 2002 the Québec government published its first National Water Policy. This is a new approach seeking to unite all water conservation advocates in deliberations around issue and conciliation tables administered by watershed organizations. As such, each organization establishes a water management plan for its watershed and implements it via watershed management contracts concluded between various water advocates.

* L'auteure tient à remercier Miriam Desmarais, Mathieu Devinat, Stéphane Bernatchez, Louise Choquette, Pascal Côté, Claude Choquette, Nicole Lafond et les évaluateurs de la revue *Les Cahiers de droit* pour leur précieuse aide.

** Professeure, Faculté de droit, Université de Sherbrooke.

*** Étudiant, École du Barreau du Québec, Centre de Sherbrooke.

These contracts are positioned to play a leading role in modern water management, namely by planning for a sustainable future securing the durability of this vital resource. Indeed, the variety of standards (moral, social, legal) that can emerge from watershed management contracts strive together in designing plans for a sustainable future. The watershed organizations thus constitute privileged forums for water conservation governance both within the State and its auxiliaries.

	<i>Pages</i>
1 Un contrat à géométrie variable	760
1.1 L'adaptabilité à la diversité régionale.....	761
1.1.1 Les caractéristiques physiques du bassin versant.....	762
1.1.2 Les caractéristiques socioéconomiques du bassin versant.....	763
1.2 L'adaptabilité à la volonté d'engagement.....	764
1.2.1 Le contrat juridique étatique.....	764
1.2.2 L'entente morale.....	765
2 Le «contrat de bassin» comme source de normativité	767
2.1 Le contrat comme outil de création d'une normativité morale.....	769
2.2 Le contrat comme outil de création d'une normativité sociale.....	770
2.3 Le contrat comme outil d'application de la norme légale.....	772
2.4 Le contrat comme outil de négociation d'une norme légale particulière.....	773
2.5 Le contrat comme outil de détermination de la justice.....	777
Conclusion	779

Le Québec renferme, à lui seul, 3 p. 100 des réserves mondiales d'eau douce renouvelables¹. Des milliers de lacs et de rivières sillonnent son territoire, souvent encore à l'état sauvage. L'eau douce est, sans contredit, la plus précieuse des ressources naturelles puisqu'elle est une source irremplaçable de vie pour l'être humain. Cependant, elle se révèle également l'une des plus vulnérables. En effet, l'eau douce tient lieu souvent de déver-

1. ENVIRONNEMENT QUÉBEC, *L'eau. La vie. L'avenir. Politique nationale de l'eau – Faits saillants*, Québec, Ministère de l'Environnement, 2002, p. 2, [En ligne], [www.mddep.gouv.qc.ca/eau/politique/faits-saillants.pdf] (10 novembre 2006).

soir final pour la pollution atmosphérique, terrestre ou aquatique². De plus, son abondance est soumise tant aux fluctuations climatiques qu'à la surconsommation. L'eau est aussi une ressource aux multiples usages : récréatifs, industriels ou domestiques. Quoiqu'ils ne soient pas mutuellement exclusifs, ces usages doivent néanmoins être coordonnés et contrôlés pour assurer la pérennité de la ressource.

La gestion de l'eau au Québec a toujours été caractérisée par une approche sectorielle peu intégrée du point de vue politique et écologique. En effet, sur le plan politique, la Constitution canadienne reste silencieuse quant à l'attribution d'une compétence exclusive sur l'eau à l'un des paliers gouvernementaux. Les pouvoirs législatifs sont donc partagés entre les deux paliers de gouvernement sur la base d'un lien de rattachement entre le « caractère véritable » de l'intervention législative et l'une des compétences énumérées dans la *Loi constitutionnelle de 1867*³. Plusieurs conflits juridiques ont eu lieu en matière de gestion de l'eau⁴. Sur le plan écologique, une gestion efficace de l'eau passe par l'évaluation de l'impact sur l'écosystème entier et les interventions ne peuvent se réduire qu'à des parcelles

-
2. Les pollutions atmosphérique et terrestre constituent des sources de pollution diffuse de l'eau par l'entremise des précipitations et du ruissellement (par exemple, la pollution agricole). La pollution ponctuelle de l'eau provient principalement de déversements soit industriels, soit ménagers. Cf. ENVIRONNEMENT CANADA, *La pollution de l'eau*, [En ligne], 2004, [www.ec.gc.ca/water/fr/manage/poll/f_poll.htm] (10 novembre 2006).
 3. *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., R.-U., c. 3, art. 91, 92 ; H. BRUN et G. TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 559-560.
 4. Par exemple, la Cour suprême a jugé constitutionnelle l'interdiction du fédéral de déposer des substances nocives dans une eau fréquentée par les poissons, en vertu de sa compétence sur les pêcheries (voir : *Northwest Falling Contractors Ltd. c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 292), alors qu'elle a jugé inconstitutionnelle l'interdiction *générale* de déposer des déchets de bois dans une eau fréquentée par les poissons (voir : *Fowler c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 213). La Cour suprême du Canada a également confirmé que la législation fédérale interdisant l'immersion des biphényles polychlorés (BPC) dans les voies d'eau est valide parce qu'il s'agit d'une question d'intérêt national qui justifie l'exercice de la compétence du gouvernement fédéral en matière criminelle (voir : *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213). La Cour d'appel du Québec a également rappelé, lors de la contestation du règlement municipal de Saint-Denis-de-Brompton qui interdisait les bateaux à propulsion mécanique sur le lac Montjoie, qu'une « législation provinciale ne peut, même dans la poursuite d'objets provinciaux, légiférer de façon à porter une atteinte directe à une matière de compétence fédérale exclusive [...] Les provinces ne peuvent pas, pour quelque motif que ce soit, supprimer le droit public de navigation » : *St-Denis-de-Brompton c. Filteau*, [1986] R.J.Q. 2400 (C.A.), p. 6.

de celui-ci⁵. L'approche écosystémique est, toutefois, impossible sans la coordination des actions des gouvernements fédéral, provincial et locaux.

C'est dans ce contexte que le gouvernement du Québec publiait, en novembre 2002, la Politique nationale de l'eau (PNE) qui reconnaît la nature juridique particulière de l'eau⁶ et instaure une gestion intégrée de l'eau basée sur une approche territoriale, soit le bassin versant d'une rivière ou d'un lac. Ce nouveau modèle de gestion de l'eau mise essentiellement sur le *leadership*, la *responsabilisation*, la *coordination* et l'*obligation de rendre compte* de l'ensemble des acteurs de l'eau⁷. Sont appelés «acteurs de l'eau» tous les utilisateurs de l'eau, les gestionnaires et les personnes qui s'intéressent à la protection de l'eau, en l'occurrence, notamment, la population, les producteurs agricoles, les industriels, les producteurs d'électricité, les pêcheurs, les municipalités, les municipalités régionales de comté, les associations environnementales, les ministères et les organismes gouvernementaux⁸. Au cœur de cette politique se trouvent 33 organismes de bassin versant prioritaires (OBV)⁹ qui regroupent tous les acteurs de l'eau de leur bassin versant respectif et qui doivent, dans un premier temps, élaborer un plan directeur de l'eau (PDE) pour leur propre bassin versant¹⁰ et le faire approuver par le ministre du Développement durable, de l'Envi-

5. Par exemple, des normes municipales sévères en aval d'une rivière n'amélioreront que très peu la qualité de l'eau de cette municipalité si un laxisme municipal perdure en amont de cette rivière.

6. Selon l'article 913 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, l'eau est une «chose commune» ou *res communis*. Voici le libellé de cet article: «Certaines choses ne sont pas susceptibles d'appropriation; leur usage, commun à tous, est régi par des lois d'intérêt général et, à certains égards, par le présent code. L'air et l'eau qui ne sont pas destinés à l'utilité publique sont toutefois susceptibles d'appropriation s'ils sont recueillis et mis en récipient.»

7. ENVIRONNEMENT QUÉBEC, *L'eau. La vie. L'avenir. Politique nationale de l'eau*, Québec, Ministère de l'Environnement, 2002, p. 15, [En ligne], [www.mddep.gouv.qc.ca/eau/politique/politique-integral.pdf] (10 novembre 2006).

8. *Id.*, p. 5.

9. Voir: REGROUPEMENT DES ORGANISATIONS DE BASSIN VERSANT DU QUÉBEC (ROBVQ), *Guide pour la mise en place d'une organisation de bassin versant au Québec*, 2^e éd., Québec, ROBVQ, UMQ et MDDEP, 2004, 25 p., [En ligne], [www.robvq.qc.ca/documents/mise_en_place_OBV-2e_edition-vf.sanscarte.pdf] (5 novembre 2006).

10. *Id.*, p. 21: la PNE mentionne que chaque PDE doit contenir notamment un diagnostic des problématiques environnementales du bassin, une liste des milieux humides et aquatiques ayant une valeur écologique pour la ressource «eau», la définition et la hiérarchisation des enjeux, des orientations, des axes d'intervention et des résultats à atteindre sur la base de la PNE, et un plan d'action spécifiant les résultats à atteindre, les modalités de réalisation et la séquence de mise en œuvre.

ronnement et des Parcs en concertation avec les ministères visés¹¹. Dans un second temps, les OBV doivent mettre en œuvre leur PDE par l'entremise de la signature de contrats de bassin. La Politique nationale de l'eau et son cadre de référence de 2004 sont très clairs : les OBV ne doivent pas se substituer aux acteurs de l'eau en place¹². Ils doivent plutôt agir « d'abord et avant tout comme des tables de concertation¹³ » qui organisent, dans une perspective de développement durable, la gestion intégrée de l'eau dans leur bassin versant¹⁴. Plus précisément, en ce qui concerne les contrats de bassin, les OBV doivent jouer un rôle de catalyseur et de médiateur lors de la négociation, entre les acteurs de l'eau, des contrats de bassin¹⁵. Les OBV s'assurent ainsi que les contrats de bassin sont complets et appropriés selon les PDE, les rendent publics et en font le suivi¹⁶.

Dans bon nombre de sociétés, le contrat joue un rôle important dans la gestion moderne de l'eau¹⁷. Comme le souligne Chevallier, « [le] procédé contractuel connaît dans les sociétés contemporaines un spectaculaire renouveau, au point d'apparaître comme emblématique de la post-modernité juridique : le contrat illustre pleinement en effet le passage d'un droit de commandement à un droit reposant sur l'acte de volonté¹⁸ ». En matière

11. ENVIRONNEMENT QUÉBEC, *Gestion intégrée de l'eau par bassin versant au Québec : Cadre de référence pour les organismes de bassins versants prioritaires – Suivi de la Politique de l'eau et bassin*, Québec, Ministère de l'Environnement, 2004, p. 15.
12. « Ces organismes ne doivent pas se substituer aux acteurs en place, mais plutôt utiliser au mieux les ressources existantes, les structures et les programmes, et les orienter en fonction de besoins clairement définis et endossés par les divers acteurs de l'eau et la population du bassin versant » : ENVIRONNEMENT QUÉBEC, *Gestion intégrée de l'eau par bassin versant au Québec : Cadre de référence pour les organismes de bassins versants prioritaires – Suivi de la Politique de l'eau et bassin versant*, Québec, Ministère de l'Environnement, 2004, p. 8, [En ligne], [www.mddep.gouv.qc.ca/eau/bassinversant/cadre-reference-giebv.pdf] (10 novembre 2006).
13. *Ibid.*
14. ENVIRONNEMENT QUÉBEC, *op. cit.*, note 7, p. 19.
15. *Ibid.*
16. ENVIRONNEMENT QUÉBEC, *op. cit.*, note 12, p. 18.
17. B. DROBENKO, « Les contrats de rivière et le droit communautaire de l'eau », (2005) REDE 4/2004 ; C.-H. BORN, *Approche interdisciplinaire du contrat de rivière Dyle : la problématique des incidences des activités riveraines le long des cours d'eau non navigables : proposition d'une méthode d'action : le cas de la Thyle à Villers-la-Ville*, Louvain-la-Neuve, UCL, 1999 ; F. ROSILLON, *Vers le développement durable dans le domaine de l'eau : apports d'une gestion locale et participative. Application à la gestion de l'eau en Région wallonne à travers l'expérience des contrats de rivière*, Arlon, thèse FUL, 2001 ; F. ROSILLON et P. VANDER BORGHT, « Des actions locales pour un défi global à travers l'expérience des contrats de rivière », (2005), Euro-RIOB, Namur.
18. J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, coll. « Droit et société », Paris, L.G.D.J., 2004, p. 125.

de gestion intégrée de l'eau, le contrat ne nous semble pas nécessairement un aboutissement de l'action collective mais plutôt un instrument d'intervention venant appuyer, compléter ou améliorer l'action gouvernementale traditionnelle, qui demeure essentielle à bien des égards. Le contrat ne nous apparaît pas non plus comme se limitant à un droit négocié : il peut être source d'une normativité beaucoup plus large et plus significative concernant la gestion de l'eau.

La présente réflexion portera donc sur la nature des contrats en matière de gestion de l'eau au Québec. Pour ce faire, nous verrons d'abord comment la notion de « contrat de bassin » a été appliquée par les OBV au Québec (1), puis nous analyserons les différentes finalités possibles du contrat de bassin dans une optique d'utilité pour la gestion d'une ressource telle que l'eau (2).

1 Un contrat à géométrie variable

Au Québec, le « contrat » est légalement défini comme « un accord de volonté, par lequel une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à exécuter une prestation¹⁹ ». Cette obligation à laquelle une ou plusieurs personnes ont consenti sera alors exécutable et les signataires pourront prendre tous les moyens que la loi prévoit pour la mise en œuvre de leur droit à l'exécution de l'obligation, y compris le recours aux tribunaux²⁰. La PNE donne une définition du contrat de bassin qui est, somme toute, beaucoup plus large :

Le Contrat de bassin est une convention à l'intérieur de laquelle seront consignées les actions des différents acteurs de l'eau qui désirent s'impliquer, selon leurs propres volontés, droits ou responsabilités, dans la protection, la restauration ou la mise en valeur du bassin. Le Contrat de bassin est issu du Plan directeur de l'eau et en devient un outil de mise en œuvre. Il décrit en détail les actions à entreprendre, leurs coûts, les maîtres d'œuvre et les partenaires engagés dans la réalisation des actions. Il comprend aussi un échéancier, un programme de suivi pour mesurer les résultats des actions ainsi que le montage financier nécessaire à leur exécution. L'engagement des signataires dans le Contrat de bassin porte sur l'atteinte des objectifs déterminés de manière concertée, de façon à en assurer l'exécution²¹.

19. C.c.Q., art. 1378.

20. C.c.Q., art 1434 et 1590. Selon le CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC, *Dictionnaire de droit privé des obligations*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, s.v. « contrat » (sens 1), le contrat est ainsi défini : « Acte juridique résultant d'un accord de volontés, entre deux ou plusieurs personnes, en vue de produire des effets de droit. »

21. ENVIRONNEMENT QUÉBEC, *op. cit.*, note 7, p. 21.

La PNE est peu directive quant à la forme et au contenu des contrats de bassin. Toutefois, son cadre de référence précise ceci :

Certains de ces contrats de bassin pourront prendre la forme d'un protocole d'entente. Il s'agira alors d'ententes volontaires, non destinées à avoir une force obligatoire sur le plan juridique, se matérialisant par un document accessible au public [...] Aussi, lorsque les actions du PDE s'y prêteront, des contrats de bassin pourront prendre alors la forme de contrats en bonne et due forme, entre deux ou plusieurs parties, ayant donc une valeur juridique²².

Cette définition nuancée du contrat de bassin, quoiqu'elle puisse englober le contrat juridique, permet donc également, et même encourage, l'utilisation d'instruments n'ayant du « contrat » que le nom. Sans directive précise ni contrat type fourni par le gouvernement, il devient intéressant d'observer la genèse spontanée des contrats de bassin au sein des différents OBV avant qu'une forme quelconque d'uniformisation apparaisse. Jusqu'à présent, seulement cinq OBV ont élaboré des contrats de bassin pour mettre en œuvre leur PDE²³. Nous verrons donc que cette liberté procédurale s'est traduite, jusqu'à maintenant, par une diversité de contrats reflétant tant les caractéristiques du bassin versant (1.1) que le degré d'engagement acceptable des parties relativement à leur participation à la gestion de l'eau (1.2).

1.1 L'adaptabilité à la diversité régionale

La flexibilité que procure le contrat de bassin peut se manifester notamment par son adaptabilité à la diversité régionale. En effet, les multiples caractéristiques hydrographiques, environnementales, sociales et économiques propres à un bassin versant donné doivent manifestement se refléter dans ces ententes. Cela peut se traduire à la fois par l'objet et les obligations contractées ou encore, tout simplement, par l'identité des personnes ou des organismes visés comme parties prenantes aux contrats.

22. ENVIRONNEMENT QUÉBEC, *op. cit.*, note 12, p. 18.

23. Ce sont le Bassin Versant Saint-Maurice (BVSM), le Conseil de bassin de la rivière Etchemin (CBE), le Conseil de bassin de la Rivière Montmorency (CBRM), la Corporation d'aménagement et de protection de la Sainte-Anne (CAPSA) et la Corporation de l'aménagement de la rivière L'Assomption (CARA). Un article propose un bilan intérimaire de la mise en œuvre de la gestion par bassin versant dans les 33 bassins versants prioritaires au Québec : V. LUYET et autres, « Gouvernance participative dans la gestion intégrée de l'eau par bassin versant au Québec : État des lieux et réflexions », *Revue Vecteur Environnement*, vol. 38, n° 6, 2005, p. 36-49.

1.1.1 Les caractéristiques physiques du bassin versant

La gestion intégrée doit d'abord s'inspirer des caractéristiques hydrographiques du bassin. Ainsi, le contrat peut mener à l'exécution de travaux ou d'ouvrages ayant un impact sur la circulation et la disponibilité de l'eau sur le territoire. C'est le cas notamment du premier contrat de bassin signé par le Conseil de bassin de la rivière Montmorency (CBRM) et dénommé «entente de coopération²⁴». Celle-ci a pour objet l'exécution de travaux améliorant la circulation de l'eau sur la rivière Montmorency en vue d'amoindrir les risques d'embâcles, souvent responsables d'inondations hivernales pour les propriétaires riverains²⁵. Pour ce faire, le contrat fixe les modalités financières et les échéanciers pour l'enlèvement d'un pilier d'estacade et d'un amoncellement de débris au niveau du déversoir du lac du Délaissé. Parmi les parties engagées dans cette entente, figurent la Ville de Québec, la Municipalité de Boischatel et l'entreprise Boralex inc., où chacune d'entre elles fournit sa participation financière au projet. Le CBRM est également signataire de l'entente. Outrepassant le mandat confié par l'administration publique aux OBV, il s'engage néanmoins à assurer la maîtrise d'œuvre relative aux travaux sur la rivière ainsi qu'à produire un bilan détaillé des opérations effectuées. Le contrat doit permettre, ici, d'assurer la sécurité des personnes et des infrastructures en bordure de la rivière lors des crues grâce à la collaboration des divers acteurs de l'eau visés.

Le contrat peut également servir à la gestion de l'eau dans une perspective de protection de l'environnement et de l'écologie du milieu. Ainsi, la Corporation d'aménagement et protection de la Sainte-Anne (CAPSA), qui avait pris l'initiative de faire signer des «contrats rivières», avant l'adoption de la PNE, semble vouloir conserver le même type de contrat²⁶. Ces ententes, qui n'émanaient pas du PDE, résultaient néanmoins d'une démarche concertée des acteurs du bassin en prévision d'une gestion responsable de l'eau et servaient d'outil de sensibilisation et d'engagement pour l'amélioration, la protection et la mise en valeur du bassin²⁷. Les «contrats rivières» demandent aux propriétaires riverains (individu, entreprise ou autre acteur) de permettre à la CAPSA d'exécuter des travaux

24. *Entente de coopération 2006-A074 /I portant sur l'enlèvement du pilier d'estacade dans la rivière Montmorency au déversoir du lac du Délaissé* : pour plus d'information sur cet organisme, voir le site Internet du CBRM, [En ligne], 2006, [www.rivieremontmorency.com/] (10 novembre 2006).

25. *Ibid.*

26. Cf. site Internet de la CAPSA, [En ligne], 2004, [www.capsa-org.com/] (10 novembre 2006).

27. *Id.*, cf. «Contrat de rivière».

d'amélioration et de protection de la qualité de l'eau sur leur propriété. Dans un même ordre d'idées, le Conseil de bassin de la rivière Etchemin (CBE) a conclu plusieurs contrats de bassin, appelés « ententes », en vue de la protection environnementale et écologique²⁸. Il s'agit d'ententes avec Canards Illimités Canada, l'école des Méandres ainsi que le Comité de restauration de la rivière Etchemin. Selon le cas, ces ententes peuvent comprendre, notamment, la conservation de milieux humides, la plantation d'arbres et le nettoyage de berges, l'aménagement d'ouvrages pour l'amélioration du potentiel de frai de l'omble de fontaine, ou encore la caractérisation de la faune et de la flore du milieu²⁹.

1.1.2 Les caractéristiques socioéconomiques du bassin versant

Les caractéristiques socioéconomiques semblent également façonner l'instrument de coopération choisi par les OBV. Par exemple, le CBE s'occupe d'un territoire dont 43,5 p. 100 de la superficie est le théâtre d'activités agricoles, dont une proportion significative consacrée à l'élevage du porc³⁰. Or il est connu aujourd'hui que ce type d'utilisation du sol provoque une grande pression environnementale. Soit dit en passant, ce type d'activité, souvent accompagné de mauvaises pratiques culturelles, peut jouer un rôle important dans la dégradation de la qualité de l'eau. En conséquence, certains contrats de bassin de ce bassin versant reflètent cette réalité et s'attaquent au problème. Ainsi, une des ententes signées à ce jour par le CBE concerne l'amélioration des pratiques en milieu agricole³¹. Pour ce faire, une action concertée de divers acteurs du milieu agricole a pour objet d'étudier la dynamique de transfert des sédiments et des nutriments dans l'écosystème en milieu agricole, de mettre au point des outils de gestion adaptés et d'implanter des aménagements hydroagricoles appropriés³².

Dans les bassins versants composés d'une proportion significative d'éléments récréotouristiques, le contrat peut permettre aux citoyens d'avoir accès plus facilement à l'eau ou d'en jouir. C'est le cas notamment du territoire dont s'occupe la CAPSA, où il existe d'importantes activités de chasse, de pêche, de villégiature et d'activités aquatiques (ex. : canot,

28. Cf. site Internet du CBE, [En ligne], 2006, [hwww.cbetchemin.qc.ca] (10 novembre 2006).

29. CBE, *Ententes n° 2 à 8 du CBE*, [En ligne], 2005, [www.cbetchemin.qc.ca/contratbassin.php] (10 novembre 2006).

30. Cf. site Internet du CBE, précité, note 28, [www.cbetchemin.qc.ca/dep_problematiques.php] (10 novembre 2006).

31. CBE, *Entente n° 1 du CBE : Actions concertées en bassins versants agricoles*, [En ligne], 2005, [www.cbetchemin.qc.ca/contratbassin.php] (10 novembre 2006).

32. *Ibid.*

kayak, baignade)³³. Par conséquent, la qualité de l'eau et l'accès à cette ressource sont des plus primordiales pour cette région et ces préoccupations transcendent certains contrats de bassin qui y sont signés. Ainsi, la CAPSA a conclu dernièrement une entente permettant l'aménagement de sentiers en bordure d'un cours d'eau, en collaboration avec une centrale hydroélectrique occupant ce territoire³⁴. Cet OBV a aussi signé bon nombre de «contrats rivières» de nature similaire. Par exemple, certains sont conclus avec des propriétaires riverains afin que ces derniers confèrent un droit de passage sur leur propriété aux citoyens voulant accéder à l'eau. Certaines ententes, quant à elles, incitent simplement les propriétaires à utiliser respectueusement les cours d'eau dans le contexte de leurs activités.

Les contrats de bassin servent parfois d'outil d'éducation et de sensibilisation relativement à l'importance de la protection de l'environnement. En effet, certains OBV élaborent ainsi des ententes avec différents partenaires, qu'ils soient issus du milieu privé ou public, commercial, institutionnel ou encore éducatif. Par exemple, le CBE a conclu certains contrats avec des élèves du primaire et du secondaire, en vue de l'installation d'incubateurs à saumons dans leur établissement scolaire³⁵. Cette initiative a été instaurée pour éduquer les élèves au sujet du cycle de vie de ce poisson et de la nécessité de protéger son habitat³⁶.

Outre l'adaptabilité aux caractéristiques régionales qui permet de modeler l'instrument contractuel aux réalités sur le terrain, la flexibilité des contrats permet également aux parties d'y manifester leur niveau de confort par rapport à l'engagement négocié.

1.2 L'adaptabilité à la volonté d'engagement

Deux types de contrats de bassin ont été créés jusqu'à présent : le contrat juridique étatique (1.2.1) et l'entente morale (1.2.2).

1.2.1 Le contrat juridique étatique

Certains OBV ont élaboré des ententes qui, à première vue, rassemblent les caractéristiques essentielles du contrat juridique étatique tel qu'il

33. S. BITZAKIDIS, *Portrait hydrologique et multi-ressources du bassin versant de la rivière Sainte-Anne*, [En ligne], 2004, [www.capsa-org.com/] (10 novembre 2006).

34. Cette information a été obtenue au cours d'une communication téléphonique avec la CAPSA, le 2 novembre 2006, au sujet d'un contrat de bassin signé en 2006.

35. CBE, *Entente n° 5 du CBE : Plan de conservation des milieux humides de la région de Chaudière-Appalaches*, [En ligne], 2005, [www.cbetchemin.qc.ca/contratbassin.php] (10 novembre 2006).

36. *Ibid.*

est défini dans le *Code civil du Québec*. C'est le cas notamment du CBRM qui a signé un contrat de bassin afin de réaliser un projet en vue de mieux contrôler les risques d'inondations et d'embâcles pour les zones habitées³⁷. Certains des signataires de cette entente se sont engagés à déboursier un montant forfaitaire pour la réalisation du projet en fonction d'un budget total de 45 000 dollars. La disposition suivante y figure :

La portée légale des ententes de coopération se limite au strict engagement des signataires à respecter les clauses qui y sont décrites. En signant une entente de coopération, chaque partie est réputée être en mesure de remplir ses obligations et avoir compris la portée de ses engagements confirmant ainsi sa capacité à honorer les dispositions de l'entente qui la concernent. Chaque entente signée est un document final. Toute disposition amenée à évoluer fera obligatoirement l'objet d'un addenda, à être signé par les acteurs concernés³⁸.

Malgré le libellé de l'instrument contractuel, le site Internet du CBRM ainsi que son personnel précisent qu'il ne s'agit pas d'un véritable contrat à valeur juridique, mais bien d'un document non contraignant, assujetti à la bonne volonté des parties, d'où l'appellation « entente de coopération » à la place du terme « contrat ». Compte tenu des montants en jeu et de la lettre du contrat, il est possible de se questionner quant à l'analyse judiciaire de la véritable intention des parties dans un contexte ambigu de « contrats de bassin » tel qu'il est interprété par le CBRM. Rappelons ici que le cadre de référence de la PNE permet la conclusion d'un contrat juridique formel³⁹.

1.2.2 L'entente morale

Les OBV décident souvent de limiter volontairement la portée juridique des contrats de bassin qu'ils signent. Leur intention s'exprime alors soit par une clause d'exonération du recours aux tribunaux institutionnels en cas de conflit, soit par l'insertion des termes « obligation/entente morale » ou les deux concurremment. Ces « contrats de bassin » renvoient plutôt à la notion de « protocole d'entente » élaborée dans la PNE⁴⁰. Par exemple, les contrats de bassin du CBE évitent toute ambiguïté d'interprétation sur leur portée et énoncent ce qui suit :

La présente entente ne constitue pas un contrat. Elle identifie des engagements et/ou des actions pour la réalisation d'un ou de plusieurs objectifs du plan directeur de l'eau. Les parties conviennent que leurs engagements contenus dans la présente constituent des obligations morales seulement, et qu'ils ne revêtent aucun

37. *Entente de coopération 2006-A074 /1*, précitée, note 24.

38. *Ibid.*

39. ENVIRONNEMENT QUÉBEC, *op. cit.*, note 12, p. 18.

40. *Ibid.*

caractère obligatoire dont l'exécution pourrait être recherchée en s'adressant aux tribunaux⁴¹.

Il en va de même pour le Bassin versant Saint-Maurice (BVSM), qui a pris soin d'inscrire la clause suivante dans son seul contrat de bassin signé à ce jour : « Les parties conviennent que leurs engagements contenus dans la présente constituent des obligations morales seulement et qu'ils ne revêtent aucun caractère obligatoire dont l'exécution pourrait être recherchée en s'adressant aux tribunaux⁴². »

Il semble donc clair qu'une tendance se dessine actuellement selon laquelle les ententes signées par les OBV ou sous leurs auspices rejettent catégoriquement le recours aux tribunaux institutionnels. Souvent le simple fait de prononcer le terme « contrat » suffit pour attiser les craintes de recours judiciaires. Ce constat est également très palpable dans les discours tenus par les OBV, consultés au cours de notre recherche. Cela ne veut pas dire néanmoins que toute forme de caractère contraignant est rejetée. Les contrats de bassin parlent généralement d'*obligations morales* pour les distinguer très certainement des *obligations légales*, trop rébarbatives pour plusieurs et favorisant peu la participation volontaire des acteurs de l'eau, mais n'en exprimant pas moins une volonté clairement établie d'*obligation* qui ne trouve son expression exécutoire que dans la bonne volonté des parties, leur honneur et leur réputation. Il apparaît très risqué d'investir des sommes importantes dans des contrats de bassin ne comportant aucune garantie de rendement. Comme nous le verrons plus loin, le contrat peut être utilisé de façon efficace sans nécessairement devoir recourir aux tribunaux institutionnels.

En résumé, le contrat de bassin connaît une progression lente mais déterminante. Quoique le statut juridique du contrat de bassin s'éloigne largement du concept légal du contrat étatique traditionnel, il n'en demeure pas moins un instrument contractuel possédant la flexibilité nécessaire pour permettre l'expression d'une organisation sociale spontanée adaptée aux circonstances particulières de chacun des acteurs de l'eau et de chacun des écosystèmes. Le net recul populaire à l'égard des institutions judiciaires étatiques permet de croire à une volonté collective de responsabilisation au sujet du contrôle de la destinée de la société. Ce contrôle pourra éventuellement s'exprimer par l'entremise des contrats.

41. Cf. site Internet du CBE, précité, note 28.

42. Cf. contrat de bassin du BVSM, intitulé « Offre et demande de pêche sportive dans le bassin Grand-Mère » : [En ligne], 2006, [www.bvsm.ca] (10 novembre 2006).

Bien qu'il n'existe actuellement qu'un nombre restreint de contrats de bassin, il est toutefois possible de se pencher sur leurs diverses finalités et sur leur potentiel en tant qu'instrument de gestion de l'eau.

2 Le «contrat de bassin» comme source de normativité

Comme nous l'avons mentionné plus haut, la notion de «droit» apparaissant trop limitative pour rendre justice à la portée ou à l'influence des contrats en matière de gestion de l'eau, nous parlerons plutôt ici de «normativité» provenant d'ordres normatifs de nature juridique ou non. La figure ci-dessous résume, en partie, le cadre d'analyse utilisé dans le présent article. Nous emprunterons au sociologue Guy Rocher sa définition de l'ordre juridique qui suppose que l'État (norme juridique étatique) ou qu'un agent (norme juridique non étatique) élabore, contrôle et sanctionne la norme qu'il a créée⁴³. Parallèlement à ces normes juridiques, nous juxtaposerons des normes morales et sociales, issues des individus et de la société civile. La notion de «source» sera utilisée dans son sens le plus large puisque le contrat peut mener à la création d'une normativité sans en être la source unique ou directe. Nous garderons également à l'esprit que les contrats de bassin sont, avant tout, des *instruments de gestion* d'une ressource naturelle dans une perspective de développement durable

43. Selon G. ROCHER, «Pour une sociologie des ordres juridiques», (1988) 29 *C. de D.* 91, 104-105 :

Dans l'ensemble du tissu social, un ordre juridique se reconnaît aux critères suivants :
1° un ensemble de règles, de normes sont acceptées comme au moins théoriquement contraignantes par les membres d'une unité sociale particulière, qu'il s'agisse d'une nation, d'une société, d'une organisation, d'un groupe, etc. ;

2° des agents ou des appareils sont reconnus dans l'unité sociale comme étant spécialisés pour :

élaborer de nouvelles règles ou modifier celles qui existent ;

interpréter les règles existantes ;

les appliquer et les faire respecter ;

3° l'intervention des appareils ou agents est fondée sur une légitimité, c'est-à-dire que les membres de l'unité sociale considèrent que l'action de ces agents ou appareils est justifiée, parce qu'ils leur reconnaissent l'autorité nécessaire pour faire, ou interpréter, ou appliquer les règles ; concrètement, cela signifie que les membres de l'unité sociale ont une *conscience* des rapports entre les règles et les appareils ou agents ;

4° les trois fonctions énumérées en 2° peuvent être remplies par des agents ou des appareils différents, ou par les mêmes. Ce qui est important cependant pour reconnaître l'existence d'un ordre juridique, c'est que ces trois fonctions – et non seulement une ou deux – soient exercées ;

5° les règles et les agents ou appareils doivent faire preuve de stabilité dans le temps, d'une relative permanence. Ces règles ne doivent pas sans cesse varier et les agents être constamment relayés.

et que, accessoirement, ils coordonnent et motivent les comportements d'une société.

Cadre d'analyse de la normativité

Ordre normatif non juridique		Ordre normatif juridique	
<i>Individus</i>	<i>Société</i>	<i>civile</i>	<i>État</i>
Norme	Norme	Norme juridique	Norme juridique
Élément «eau»	morale	non-étatique	étatique

→Projet de société

Pour être efficace, la gestion de l'eau doit se concevoir comme un projet de société et non simplement comme une gestion comptable d'une ressource naturelle. En tant que projet de société, la gestion de l'eau se doit d'être rassembleuse des intérêts collectifs mais aussi d'être à l'écoute des individualités pour éviter toute fraude qui pourrait nuire à l'objectif final de pérennité de la ressource. Les formes d'intervention de la gestion peuvent varier de l'incitation à la coordination et à la coopération jusqu'à l'exécution forcée. Tous les types de normativité sont alors mis à contribution, se complètent et évoluent en synergie, de la prise de conscience de l'élément «eau» jusqu'à l'aboutissement du projet de société, soit la gestion responsable de l'eau dans une perspective de développement durable. Comme le souligne Rocher :

La notion d'ordre normatif est en effet beaucoup plus large que celle d'ordre juridique. Des règles qui ne sont pas juridiques peuvent constituer un discours normatif efficace, comme c'est le cas, par exemple, de règles morales ou de traditions hautement respectées. Ces règles non juridiques peuvent même être plus efficaces que les règles juridiques. Mais elles constituent un discours normatif d'une autre nature que le droit⁴⁴.

Cependant, où se situe alors l'action ou l'utilité du contrat de bassin dans ce schème d'analyse ? La présente réflexion sur la nature des contrats de bassin nous porte à croire que le contrat de bassin pourrait être utilisé comme outil de création d'une normativité morale (2.1), comme outil de création de normativité sociale (2.2), comme outil d'application de la norme légale (2.3), comme outil de négociation d'une norme légale particulière (2.4) ou comme outil de détermination de la justice (2.5).

44. *Ibid.*

2.1 Le contrat comme outil de création d'une normativité morale

La sensibilisation environnementale constitue le premier jalon de la conscientisation nécessaire à la construction d'un projet de société tel que la gestion de l'eau. Sans cette ouverture, aucune collaboration ou coopération significative ne peut être espérée et la gestion de l'eau doit alors se restreindre, presque exclusivement, à l'application de normes juridiques étatiques. Cette étape devient encore plus cruciale dans un contexte de gouvernance de l'eau où le niveau d'implication du public est souvent directement corrélé à sa connaissance ou à sa compréhension des enjeux, quels qu'ils soient. Le contrat servant d'instrument de sensibilisation environnementale repose essentiellement sur une rationalité technique basée sur des données scientifiques. Sa finalité informative peut être atteinte de par l'objet même du contrat soit à titre principal (organisme subventionné par l'État pour produire du matériel pédagogique), soit à titre secondaire (contrat d'installation d'indicateurs de consommation d'eau dans les résidences). Elle peut également être atteinte par l'identité des parties au contrat (par exemple, dans des ententes avec des riverains, des agriculteurs ou des industriels). Comme nous l'avons vu précédemment, le contrat de bassin a déjà servi d'outil de sensibilisation environnementale en diffusant de l'information juridique ou scientifique ou bien en instaurant des projets d'éducation⁴⁵. Ce niveau de gestion est un préalable indispensable pour la mise en œuvre de tout plan directeur de l'eau. La sensibilisation environnementale peut rapporter des dividendes immédiats lorsque la seule source de la non-participation des acteurs au projet de société est l'ignorance (qui est souvent sous-estimée, malgré le fait que la bonne foi se présume !). Les résultats peuvent également se faire sentir à moyen ou à long terme, mais, dans tous les cas où ils se concrétisent, ils sont porteurs d'un développement durable basé sur un changement comportemental et une adhésion à une nouvelle conception de l'environnement. Il est par ailleurs à noter que le mandat de l'OBV n'est pas de sensibiliser le public directement mais de « catalyser » la formation de contrats de bassin. La mission de sensibilisation peut être assumée par une organisation non gouvernementale (ONG) qui est spécialisée dans ce domaine et qui a conclu un contrat avec le gouvernement ou avec tout autre acteur de l'eau.

Le contrat de bassin peut donc servir, directement ou indirectement, au développement d'une normativité morale grâce à la conscientisation de l'individu à l'égard de l'élément « eau ». Par exemple, une utilisation plus rationnelle de l'eau pour réduire le gaspillage pourra découler de l'installation d'un indicateur de la consommation d'eau ; des plans d'aménagement

45. Voir, par exemple, les contrats de bassin du CBE.

paysager pourront être modifiés pour contrer l'apport en phosphate dans les cours d'eau à la suite de la distribution aux riverains de documents d'information sur les cyanobactéries et sur la fragilité de l'écosystème lacustre ; de nouvelles techniques agricoles seront peut-être adoptées grâce à l'aide financière d'associations de protection de l'environnement ; une conversion à l'énergie verte pourra résulter de taux préférentiels accordés par des entreprises émergentes subventionnées par l'État. Cependant, cette prise de conscience demeure ponctuelle à l'échelle sociétale. Elle n'est pas motivée par la société environnante mais bien par une meilleure connaissance technique de l'élément « eau ». L'importance de la norme morale a souvent été négligée dans les plans de gestion de l'eau, mais elle demeure la forme de normativité la plus efficace et de loin la moins onéreuse puisqu'elle n'a recours à aucun contrôle ni mécanisme d'application extérieurs : à vrai dire, elle ne fait que retourner l'individu à lui-même. La création d'une normativité morale est des plus subtile et demande un investissement souvent à long terme : toutefois, les effets sont généralement irréversibles et permanents.

2.2 Le contrat comme outil de création d'une normativité sociale

Un autre niveau de normativité d'un projet de société est probablement l'élaboration de normes sociales découlant de l'organisation et de l'interaction des individus en société. Le contrat ayant comme finalité la création d'une normativité sociale fera appel à une rationalité morale puisque la normativité sociale apparaît peu à peu par la prise de conscience de l'action individuelle sur l'intérêt collectif. La norme sociale découle généralement du partage de valeurs communes au sein d'une unité sociale. Jusqu'à présent, aucun contrat de bassin au Québec n'est allé en ce sens. Toutefois, puisque l'OBV veut être une table de conciliation et de concertation, il devient dès lors un forum de prédilection pour les acteurs de l'eau désireux de s'organiser entre eux à l'extérieur de l'État. Le niveau de conscientisation nécessaire pour générer une normativité sociale est variable, tout comme le niveau d'adhésion à une norme morale particulière. Des usages de l'eau, anodins autrefois, tels que laver son automobile ou nettoyer son entrée de cour par beau temps, sont devenus aujourd'hui beaucoup moins acceptables socialement, même souvent gênants, au point que certaines personnes renoncent à ces pratiques même sans adhérer spontanément ou volontairement à la norme morale.

L'élaboration d'une normativité sociale relative à l'eau se perçoit plus facilement à petite échelle. Ainsi, la communauté, que forment les riverains d'un lac, peut établir sa propre normativité selon la dynamique du groupe de riverains et l'écoulement du temps. Par exemple, certaines associations

de riverains de lacs sont extrêmement dynamiques pour sensibiliser leur communauté aux bienfaits de la revégétalisation des berges afin de maintenir leur lac en santé ou pour inciter les riverains à réduire leur vitesse de navigation en vue de prévenir l'érosion des berges, ou encore pour éliminer carrément l'utilisation du bateau à moteur. Bien que plusieurs de ces normes finissent par apparaître dans l'ordre juridique étatique, sous forme de loi ou de règlement, elles peuvent naître et vivre, durant un temps indéterminé, en tant que normes sociales. Que ce soit par empathie collective ou par gêne de s'opposer à ce qui semble être l'opinion majoritaire, plusieurs se rallieront à ces nouvelles normes et accroîtront, par le fait même, leur légitimité sociale. L'expérience du lac Montjoie en Estrie est fort révélatrice. Deux types de contrat y ont constitué la base d'une nouvelle normativité sociale. En 1975, l'Association des propriétaires du lac Montjoie⁴⁶ reçoit le mandat de la majorité de ses membres d'étudier la possibilité d'interdire l'utilisation des bateaux à moteur à essence sur le lac. S'en suivra l'adoption officielle de la norme sociale :

Par écrit, en 1977, la résiliation volontaire du droit d'utiliser les embarcations à moteurs à essence fut obtenue de la plupart des riverains. Tous les riverains furent rencontrés individuellement par le comité exécutif en place et, avec la collaboration d'autres volontaires, c'est avec une forte majorité que cette résiliation fut acceptée⁴⁷.

Ces contrats unilatéraux ont été suivis d'un autre type de contrat venant renforcer la norme sociale. En effet, le Philosophat Saint-Charles de Sherbrooke, à qui appartenait la majorité des terrains autour du lac, incluait dans ses contrats de vente immobilière une clause d'interdiction d'embarcations à moteur à essence⁴⁸. Quoiqu'il soit possible de se questionner sur la validité effective d'une telle clause⁴⁹, elle a tout de même été à l'origine d'une sélection implicite de riverains partageant la norme sociale ou, à tout le moins, désirant y adhérer de leur plein gré. Pour assurer une adhésion totale à cette nouvelle norme sociale par tous les riverains, la norme entrera, finalement, dans l'ordre juridique étatique en 1989, soit douze ans après son apparition, par l'application du *Règlement sur les restrictions à la conduite des bateaux* de la loi édictée en 1972 en vertu de la

46. Cette association est devenue, depuis 1999, l'Association pour la protection du lac Montjoie (APLM).

47. ASSOCIATION POUR LA PROTECTION DU LAC MONTJOIE, *Le lac Montjoie au fil du temps*, Saint-Denis-de-Brompton, APLM, 2006, p. 84.

48. *Id.*, p. 85.

49. Une telle clause pourrait probablement être considérée comme une clause abusive n'étant pas liée directement à l'objet de la vente, soit la propriété immobilière. Elle pourrait également ne pas être reprise dans les contrats de vente subséquents, notamment en l'absence de publicité foncière.

Loi sur la marine marchande du gouvernement fédéral. Durant les années où la norme sociale s'est développée, le contrat a joué un rôle déterminant dans la création de cette normativité sociale.

D'autres formes de contrats peuvent être envisagées dans cette optique, que ce soit la création d'une coopérative exploitant les infrastructures récréatives d'un plan d'eau ou d'une association visant à aménager les berges ou simplement des contrats de sensibilisation auprès des usagers de l'eau, tels que nous les avons vus précédemment. Des normes sociales seront créées dès qu'un nombre suffisant d'individus partageant les mêmes normes morales interagiront ou dès que le sentiment d'appartenance à une collectivité sera assez fort chez un individu pour que la non-adhésion à ces normes engendre chez lui un sentiment de culpabilité ou, du moins, d'inconfort. Les normes sociales jouent un rôle très important dans la protection de l'eau, et de l'environnement en général, soit en complétant de façon officieuse l'action gouvernementale, soit en se développant à un point tel qu'elles seront éventuellement reconnues et cristallisées par une norme juridique étatique qui en assurera dès lors l'exécution. Le contrat peut alors être considéré comme une source de normativité sociale et éventuellement une source indirecte de droit.

2.3 Le contrat comme outil d'application de la norme légale

La finalité la plus fréquente du contrat de bassin sera probablement de servir d'outil d'application de la norme légale ou norme juridique étatique. On fait alors appel à une rationalité sociale où chacun se doit de respecter les lois et les règlements que les diverses unités administratives de l'État ont adoptées pour assurer une vie en société harmonieuse et sécuritaire. L'adoption d'une norme légale semble être le dernier niveau d'intégration de l'action sociale. Il n'est toutefois pas nécessairement le plus important ni le plus efficace. Les valeurs, communes à une partie importante de la société civile, s'imposent désormais à tous, par l'entremise d'une décision prise par une minorité d'individus la représentant. La non-adhésion à ces valeurs est alors sanctionnée avec une intensité relative à l'importance accordée à ces valeurs selon les représentants de la société.

La régulation du type «commandement et contrôle» est, aujourd'hui encore, la plus utilisée en matière de gestion de l'eau. L'obligation légale s'imposant aux individus sous peine de sanctions, il n'est pas surprenant de trouver dans cette catégorie des contrats qui reflètent une grande effervescence d'imagination et de créativité. La gamme des contrats va donc du contrat technique (contrat de décontamination, d'épuration ou de traitement des eaux usées) au contrat de coopération (contrat de consultation, octroi de subventions pour moderniser des installations polluantes, créa-

tion de commissions internationales), en passant par tous les montages financiers possibles (partenariats public-public, public-privé ou privé-privé, création de coopératives, d'associations).

Le contrat de bassin exprime ici son plein potentiel en tant qu'outil de gestion, mais il est peu générateur de normes, sauf, peut-être, de façon indirecte lors de l'application des normes légales.

2.4 Le contrat comme outil de négociation d'une norme légale particulière

Phénomène de plus en plus courant dans les sociétés postmodernes, la norme légale cède de sa notoriété devant une norme négociée, cristallisée par voie contractuelle. Ce que certains appellent le « droit négocié⁵⁰ » se trouve tant dans l'élaboration de la norme juridique qu'au moment de son application. Les ententes contractuelles « sont aujourd'hui promues au nom d'une philosophie juridique et politique qui rehausse le statut du contrat dans la sphère même du droit public, au point d'y voir soit une alternative souhaitable, soit un complément indispensable, aux formes juridiques plus classiques et plus autoritaires de type réglementaire et judiciaire⁵¹ ».

Au Québec, certaines lois habilitantes accordent à l'autorité publique le pouvoir discrétionnaire de « négocier » soit à la hausse (imposition de conditions supplémentaires), soit à la baisse (dispense de certaines obligations législatives) des ententes individuelles destinées à la gestion d'un acte ou d'une activité particulière ou encore de substituer aux normes légales des normes jugées équivalentes par l'autorité publique (par exemple, des normes internationales, des normes de l'industrie, des normes étrangères)⁵². Ces autorisations administratives consistent « en une permission, souvent assortie de conditions, donnée par l'administration à une personne physique ou morale, d'accomplir un acte ou d'exercer une activité qui serait sans cela illicite⁵³ ». D'une part, le titulaire de l'autorisation a l'obligation de se conformer aux exigences et aux conditions spécifiées par l'autorité administrative; d'autre part, le titulaire jouit d'une immunité judiciaire quant à ces actions qui, sans l'autorisation obtenue, auraient été jugées illégales. À noter que certaines critiques ont été soulevées à ce sujet. En

50. P. GÉRARD et J.-G. BELLEY, *Droit négocié, droit imposé ?*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1996.

51. J.-G. BELLEY, « Le contrat comme instrument de justice privée », dans N. KASIRER et P. NOREAU (dir.), *Sources et instruments de justice en droit privé*, Montréal, Thémis, 2002, p. 412.

52. P. ISSALYS et D. LEMIEUX, *L'action gouvernementale : Précis de droit des institutions administratives*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 862-863.

53. *Id.*, p. 815.

effet, des auteurs ont jugé ce type d'entente contractuelle difficilement conciliable avec la notion d'État de droit et le principe de primauté du droit en instaurant un droit individualisé⁵⁴, tandis que d'autres ont considéré que ces contrats modifiaient l'exclusivité du jugement des infractions et de la détermination des peines réservée au pouvoir judiciaire lors de la séparation des pouvoirs⁵⁵.

Cette technique de régulation est très fréquemment utilisée en matière d'environnement. Contrairement au contrat privé, le « contrat environnemental » met en relation une partie privée, d'un côté, et l'État, de l'autre, dans un contexte non pas de « commandement et contrôle » mais de pure négociation. Le contrat environnemental existe tant en Europe qu'en Amérique mais avec certaines variantes. Par exemple, en Hollande, le contrat environnemental est devenu en 1989 l'instrument principal dans la mise en œuvre du premier *Dutch National Environmental Policy Plan* qui avait pour objet l'établissement de normes s'appliquant à un secteur particulier en entier (industrie chimique, industrie du papier, etc.)⁵⁶. Aux États-Unis, les contrats environnementaux ont été largement utilisés par l'Environmental Protection Agency (EPA) après l'instauration du Project XL (*eXcellence and Leadership*) de l'administration Clinton en 1995 « to produce a new era of cleaner, cheaper, and smarter environmental management »⁵⁷. Ils sont propres à chaque entreprise et non à un secteur particulier. Ces contrats ont essentiellement pour objet de contrer, premièrement, l'inefficacité d'un taux de pollution fixe pour toutes les industries. En effet, ce taux de pollution peut être approprié pour certaines entreprises, lorsque les bénéfices environnementaux sont supérieurs au coût de dépollution, mais inapproprié pour d'autres, lorsque les bénéfices environnementaux sont inférieurs au coût de dépollution. Ces variations apparaissent lorsqu'une entreprise est située dans un environnement particulièrement fragile ou lorsqu'elle est difficilement adaptable pour répondre à un seuil de pollution réglementaire⁵⁸. Deuxièmement, puisqu'une réglementation du type « commandement et contrôle » exige souvent d'utiliser « la meilleure

54. *Id.*, p. 863.

55. P. HALLEY, « Les ententes portant immunité de poursuite et substitution de norme en droit de l'environnement québécois », (1998) 39 C. de D. 3-50.

56. D.D. HIRSCH, « Understanding Project XL: A Comparative Legal and Policy Analysis », dans E.W. ORTS et K. DEKETELAERE (dir.), *Environmental Contracts: Comparative Approaches to Regulatory Innovation in the United States and Europe*, Londres et Boston, Kluwer Law International, 2001, p. 143.

57. A.A. MARCUS, D. GEFFEN et K. SEXTON, « The Quest for Cooperative Environmental Management: Lessons from the 3M Hutchinson Project XL in Minnesota », dans E.W. ORTS et K. DEKETELAERE (dir.), *op. cit.*, note 56, p. 143.

58. D.D. HIRSCH, *loc. cit.*, note 56, 116.

technologie possible», elle n'encourage pas les entreprises à surpasser les seuils de dépollution et inhibe l'innovation technologique environnementale⁵⁹. Les contrats environnementaux peuvent représenter des solutions efficaces aux faiblesses inhérentes du système classique de réglementation en s'adaptant aux spécificités de chaque entreprise et en démontrant une grande flexibilité à l'égard des exigences réglementaires, en visant des performances environnementales supérieures aux exigences réglementaires et en augmentant la participation du public au processus décisionnel puisque le plan proposé par une entreprise doit recevoir l'aval des «parties prenantes⁶⁰» avant d'être approuvé par l'EPA⁶¹. Au Québec, près de 400 «programmes d'assainissement» ont été approuvés par l'administration publique depuis 1978⁶². Le gouvernement exige la publicité de ces accords et offre la possibilité aux citoyens de les commenter⁶³. Cependant, la publicité se résume souvent à de brèves apparitions publiques, ce qui rend la transparence du processus grandement illusoire.

En matière de gestion de l'eau, le contrat environnemental peut prendre diverses formes. Par exemple, aux États-Unis, la réglementation en matière de déchets dangereux, *CERCLA* ou «*Superfund*», fait reposer la responsabilité de la décontamination du terrain sur le propriétaire actuel, même si ce dernier n'est nullement responsable de la pollution originale de l'eau ou du

59. *Id.*, p. 117.

60. U.S. ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY, «Regulatory Reinvention (XL) Pilot Projects», (1995) 60 *Fed. Reg.* 27, 282, cité dans D. HIRSCH, *loc. cit.*, note 56, 118. Il arrive que l'administration publique permette la violation d'exigences réglementaires là où l'entreprise n'arrive pas à satisfaire efficacement à ces normes si elle excède les exigences réglementaires dans un autre domaine environnemental particulièrement fragile : voir J.S. JOHNSTON, «The Law and Economics of Environmental Contracts», dans E.W. ORTS et K. DEKETELAERE, *op. cit.*, note 56, p. 276.

61. Il n'y a plus de projets XL acceptés depuis janvier 2003 : voir : U.S. ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY, *Project XL*, [En ligne], 2006, [www.epa.gov/ProjectXL/] (10 novembre 2006).

62. R. DAIGNEAULT et M. PAQUET, *L'environnement au Québec*, Brossard, Publications CCH ltée, 2006.

63. L'article 116.3 de la *Loi sur la qualité de l'environnement*, L.R.Q., c. Q-2, sur publication d'avis en vertu d'un programme d'assainissement se lit comme suit : «Le responsable de la source de contamination qui sollicite l'approbation d'un programme d'assainissement visé à l'article 116.2 doit faire publier, à deux reprises, un avis dans un quotidien distribué dans la région où se trouve la source de contamination [...] Le ministre transmet également la demande d'approbation au secrétaire-trésorier ou greffier de la municipalité sur le territoire de laquelle se trouve la source de contamination. Celui-ci doit mettre ce dossier à la disposition du public pendant une période de 15 jours.» L'article 116.4, quant à lui, énonce ceci : «Toute personne, groupe ou municipalité peut présenter des observations au ministre jusqu'à l'échéance du délai de 15 jours visé à l'article 116.3 et du délai de 15 jours suivant la publication du deuxième avis publié en vertu de l'article 116.3.»

sol. Dans l'espoir de relancer l'économie et le développement local, l'EPA a commencé, en 1995, à négocier des *prospective-purchaser agreements* avec les nouveaux acheteurs de terrains contaminés. Le contrat exigeait un niveau précis de décontamination de la part de l'acheteur en retour d'une immunité contre toutes poursuites civiles par l'EPA et par ses homonymes étatiques⁶⁴. Il existe un autre type de contrat utilisé par l'administration américaine en matière de gestion de l'eau en vertu de la *Clean Water Act* : les *in-lieu mitigation agreements* permettent à un développeur d'obtenir un permis moyennant un certain montant remis à un administrateur indépendant, comme une organisation environnementale locale, pour l'achat ou la préservation d'une zone humide (*wetland*) équivalente à celle que le développeur s'apprête à détruire⁶⁵. Un autre projet XL implique la papetière Weyerhaeuser en Georgie près de la rivière Flint. Entre autres pollutions, l'entreprise rejette d'importantes quantités de chlore dans l'eau. Cependant, elle s'est convertie aux normes ISO 14001 en échange d'inspections réglementaires et d'obligations de rapport réduites⁶⁶.

Le contrat environnemental relève avant tout d'une rationalité d'efficacité, où le coût social associé à l'imposition d'une sanction (procès et redressement) est minimisé et où la performance environnementale globale recherchée par la loi est atteinte à un moindre coût par des solutions adaptées à des situations particulières. En effet, l'atteinte de résultats environnementaux ne relève plus uniquement de faits techniques ou scientifiques, mais elle est plutôt « gérée » par une approche multidisciplinaire. Cependant, l'administration publique peut se révéler incapable d'imposer une norme légale, en raison de considérations politiques, économiques ou sociales, et choisir de se replier sur un compromis plus modeste mais possible. Elle peut également encourager les entreprises particulièrement performantes dans un domaine environnemental en se montrant flexible dans d'autres domaines environnementaux, jugés moins pressants. Ce type de négociation peut favoriser la responsabilisation des dirigeants de l'entreprise, tant moralement que socialement, et ainsi générer des changements comportementaux durables envers l'objet précis de la négociation. Cela peut aussi, plus largement, contribuer au développement d'une éthique environnementale industrielle. Toutefois, cette efficacité peut n'être que relative puisqu'elle est liée intimement à l'attitude de l'autorité publique : la stratégie adoptée par l'entreprise, lors des négociations, sera déterminée par la crédibilité du contrôle et des sanctions relatives aux exigences régle-

64. E.W. ORTS et K. DEKETELAERE, « Introduction: Environmental Contracts and Regulatory Innovation », dans E.W. ORTS et K. DEKETELAERE, *op. cit.*, note 56, p. 20.

65. *Id.*, p. 21.

66. D.D. HIRSCH, *loc. cit.*, note 56, 122.

mentaires s'il n'y avait pas d'entente contractuelle. Cette efficience peut également se révéler temporaire puisque la norme négociée par une autorité publique lie et limite la discrétion d'un futur administrateur public.

Il n'en demeure pas moins qu'aucun contrat ne sera signé s'il n'est dans l'intérêt des parties, soit l'État et l'entreprise. Cependant, qu'en est-il de l'intérêt des tierces parties ? Dans le contexte de la gestion de l'eau, il nous apparaît nécessaire que ces contrats soient négociés obligatoirement devant l'OBV de la région visée. L'OBV étant une « table de conciliation et de concertation », ce rôle cadrerait parfaitement avec son mandat gouvernemental. L'OBV serait alors responsable de diffuser l'information pertinente et de s'assurer de la représentation des acteurs locaux visés par la négociation. La norme contractuelle négociée, issue d'un processus réellement transparent, pourrait acquérir la légitimité sociale qui lui fait actuellement défaut. Le « contrat de bassin » prendrait, ici, toute sa signification. Il serait non seulement créateur de droit de façon directe, mais il deviendrait également un instrument efficace de gouvernance où tous les acteurs visés décident ensemble de s'obliger à l'égard d'une nouvelle normativité issue de leur consensus.

2.5 Le contrat comme outil de détermination de la justice

Comme nous l'avons constaté à la section 1, les parties aux contrats de bassin ont souvent clairement exprimé leur volonté de ne pas recourir à la justice institutionnelle étatique pour l'exécution de leurs contrats. En renonçant explicitement à la justice publique, elles adhèrent automatiquement à une forme, quelconque, de justice privée⁶⁷. Peu importe le type de justice privée choisie, celle-ci se voit légitimée par la seule volonté des cocontractants, sauf si elle est contraire à l'ordre public, bien sûr. Comme le souligne le professeur Belley :

De même que le droit privé n'est pas incompatible avec le droit public au sein d'un ordre juridique moderne ou que l'autorité d'un individu n'est pas incompatible avec l'autorité collective au sein d'un ordre traditionnel, de même la justice contractuelle n'est pas incompatible avec l'existence d'une justice institutionnelle au sein d'un État, d'une organisation, d'un groupe ou de toute autre collectivité⁶⁸.

Il existe une grande variété de clauses contractuelles qui permettent d'atteindre le niveau de justice souhaité, par les parties à un contrat, en cas de non-exécution d'une obligation. Ces clauses vont du recours minimal

67. Le professeur Macdonald considère que « la justice privée peut être multiforme » : voir R.A. MACDONALD, « Fondements théoriques de la justice privée – synthèse », dans N. KASIRER et P. NOREAU (dir.), *op. cit.*, note 51, p. 81.

68. J.-G. BELLEY, *loc. cit.*, note 51, 387.

à l'appareil de justice publique (saisie) à la garantie hypothécaire, aux mesures conservatoires, jusqu'à l'adoption d'un processus de résolution de conflits totalement à l'extérieur de la justice institutionnelle (médiation, arbitrage)⁶⁹. Certaines de ces clauses peuvent toutefois se révéler sources d'injustice lorsqu'elles sont appliquées automatiquement sans considération quant aux causes de l'inexécution des obligations et elles nécessitent, par prudence, le recours à des professionnels tels les avocats et les notaires. Dans un contexte de gestion de l'eau, où l'accent est mis sur la responsabilisation de tous les acteurs de l'eau, il apparaît peu probable qu'une large gamme de ces clauses soit utilisée, sauf pour les acteurs majeurs comme les industries et les entités publiques. Toutefois, une clause concernant l'adoption d'un mode différent de règlement des conflits semble beaucoup plus accessible et réaliste pour la majorité des acteurs de l'eau et concorde harmonieusement avec l'idéologie de collaboration et de coopération sous-tendant la gouvernance de l'eau telle qu'elle est préconisée par la PNE. Sans le rendre obligatoire en cas de conflit, le gouvernement devrait, à tout le moins, offrir un service d'aide au règlement des conflits, spécialisé en environnement, et accessible par l'intermédiaire de l'OBV local.

En se basant sur une rationalité plus opérationnelle, le contrat de bassin permet donc d'accéder au type de justice souhaitée par les cocontractants, que ce soit la justice publique ou la justice privée qu'ils auront préalablement modelée selon leurs désirs et leurs attentes relativement à leur perception de la justice. Cependant, en choisissant une justice privée, par une clause exonératoire, sans en prévoir les modalités applicables, comme cela s'est fait fréquemment dans les contrats de bassin jusqu'à présent, les parties s'exposent à devoir négocier un mode de règlement de conflit *post-facto* ou à accepter d'avance les pertes potentielles⁷⁰. Il se peut qu'une entente devienne exécutoire par la seule pression de la société ou par la seule crainte pour les parties de voir entacher leur réputation et ainsi de se priver de futures opportunités. L'unité sociale dans laquelle le contrat s'établit peut représenter pour les cocontractants des garanties suffisantes pour le respect de leurs obligations réciproques. Toutefois, l'absence d'un mode de règlement de conflits, convivial mais précis, à l'intérieur des contrats de bassin limite, certainement, l'ampleur des actions pouvant être entreprises, sans le recours aux institutions étatiques, en éliminant forcément tous les acteurs de l'eau sensibles aux risques financiers. D'autre part, les acteurs refusant catégoriquement le recours devant les tribunaux mais désirant néanmoins s'engager sérieusement, avec un

69. *Id.*, p. 421-423, pour plus de détails.

70. Voir les exemples de la section 1.2.2.

minimum de garanties, se retrouvent sans solution de rechange, sauf celle de contracter des « obligations morales » qui peuvent les démotiver ou en décourager plus d'un à s'engager.

Conclusion

La gestion intégrée de l'eau, de par la multiplicité des enjeux qu'elle touche, rencontre forcément un nombre considérable d'obstacles qui vont de la surconsommation de la ressource à la conciliation des usages, en passant par le contrôle de la qualité de l'eau et des milieux environnants. Il apparaît évident à la lueur de cette tâche que le mandat de la gestion de l'eau dépasse largement la capacité de gestion d'une administration publique, aussi performante soit-elle, et relève plutôt d'un projet de société où tous les acteurs sont appelés à participer selon leur capacité respective. De par la nature vitale de l'eau pour l'humain, l'échec de ce projet de société n'est pas envisageable.

La protection de l'environnement, en général, et la protection de l'eau, plus précisément, entrent dans ces projets de société où le nombre d'acteurs engagés limite, par l'hétérogénéité de leur niveau de conscientisation et d'acceptation de la problématique, l'efficacité de moyens uniques d'intervention. La gestion de l'eau au Québec tente de s'adapter à cette réalité en instaurant des lieux de concertation et de conciliation d'où peuvent émaner une diversité d'instruments de gestion tant de l'État que de la société civile. Le succès de cette approche, plus participative, est intimement lié au degré de responsabilisation des acteurs de l'eau, à leur volonté d'agir et au délaissement des intérêts personnels au profit de la cause commune. Cependant, au-delà de ces considérations, l'État reste souvent hermétique à la participation effective de la société civile à la prise de décision. Même la PNE, qui souhaite être un outil de gouvernance, n'a aucune reconnaissance juridique ni aucun effet obligatoire sur les décisions gouvernementales. Il n'en demeure pas moins que, en instaurant les OBV, le gouvernement crée des forums où la société civile peut tenter d'influencer l'État, mais où elle peut, aussi, s'organiser à l'extérieur de l'État.

Force nous est de constater que le pluralisme normatif est non seulement présent mais « essentiel » dans la réalisation d'un projet de société tel que la gestion de l'eau au Québec. Toutefois, il apparaît également nécessaire de reconnaître et surtout d'« exploiter » le plein potentiel des contrats de bassin, négociés au sein des OBV, en tant qu'instrument privilégié d'intervention privée dans l'atteinte d'une véritable gouvernance de l'eau même si celle-ci devait se situer souvent à l'extérieur des institutions publiques.

Le contrat de bassin peut prendre diverses formes et répondre à des finalités très différentes selon le type de rationalité qui les sous-tend. Comme l'étude de contrats industriels a permis de le constater, le contrat n'est pas seulement un instrument juridique témoignant d'un échange ponctuel : il peut servir d'instrument relationnel de coopération ou de coordination⁷¹. Selon le professeur Macdonald, le droit privé, en tant que phénomène normatif, peut se révéler créateur de rapports interpersonnels, gérer ces rapports et établir un mode de règlement des conflits résultant des rapports en question⁷². La gestion de l'eau, ou la gestion de l'environnement de façon plus générale, se révèle un terrain de prédilection pour l'élaboration de contrats de coopération, de coordination et de conciliation où seule l'imagination humaine (et l'ordre public !) en limite les formes et les contenus. Sans éclipser pour autant l'action gouvernementale, qui demeure grandement essentielle en matière d'environnement pour assurer la sécurité et pour encadrer l'action sociale, le développement d'une gestion basée sur la volonté contractuelle des acteurs de l'eau ne pourra qu'appuyer et renforcer l'action gouvernementale en vue de l'atteinte de l'objectif commun, qui est d'assurer la pérennité de la ressource hydrique.

71. J.-G. BELLEY, *Le contrat entre droit, économie et société : Étude sociojuridique des achats d'Alcan au Saguenay – Lac-Saint-Jean*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998.

72. R.A. MACDONALD, *loc. cit.*, note 67, 73.